

**GIUSEPPE BAVETTA**

*(Associato di Diritto Commerciale nell'Università di Palermo)*

LA TRASFORMAZIONE DELLE F.S.  
DA ENTE PUBBLICO A S.P.A.:  
PROFILI GIURIDICI E PROBLEMATICHE NORMATIVE

1. Quando l'amico Prof. Elio Fanara mi rivolse l'invito a partecipare a questo Convegno e di tenervi una relazione debbo confessare che non ebbi esitazioni ad accettare. A distanza di tempo, tutte le volte che mi è capitato di ricordare quell'episodio, il contesto nel quale si verificò e le frasi che ci scambiammo, non sono mai riuscito a spiegarmi il motivo di quella tanto acritica ed arrendevole adesione, se non con il fatto che Egli è una persona autorevole, singolarmente autorevole: la sua non è un'autorevolezza dittatoriale, ma al contrario permeata da un grande afflato umano e dall'affetto che sa spontaneamente (i romani direbbero *naturaliter*) elargire a tutti coloro che gli stanno vicino e che finisce per farlo diventare suadente, irresistibilmente suadente, tanto da guidare gli amici verso quelle mete che ha con grande saggezza programmato.

Non intendo affatto dire di essere stato plagiato, sia perché il Prof. Fanara non ne è capace, sia perché francamente ero ben consapevole degli oneri che, accettando l'invito, andavo ad assumere: intendo solo sottolineare che sono stato alquanto incauto ad accettare tale invito, non foss'altro perché il tema di cui mi accingo a parlarvi non è facile, né semplice e quindi meriterebbe certamente, non già soltanto una trattazione più analitica ed approfondita e tempi più lunghi di quelli che possono essergli riservati con una

relazione congressuale, ma soprattutto un relatore ben più qualificato di me.

Comunque, sono qui per onorare l'amico Prof. Fanara, per testimoniargli il mio affetto; e ciò mi dà la forza di infliggervi questa relazione sulla trasformazione dell'Ente Ferrovie dello Stato in società per azioni.

Inoltre, anche a ragione dell'interdisciplinarietà del tema di questo Convegno, che vede riuniti studiosi di esperienze scientifiche e professionali diverse, mi sembra doverosa una indicazione di carattere generale: la mia è una relazione che ha per oggetto i momenti giuridici della privatizzazione; e nemmeno tutti. Mi soffermerò, infatti, soprattutto sugli aspetti societari e quindi la mia sarà una succinta rivisitazione dei momenti relativi alla natura ed alla funzione della società, onde poter intendere come sia stata programmata la trasformazione dell'Ente Ferrovie in società per azioni e se in effetti si sia riusciti ad attuarla.

**2.** Oggi, è in atto in Italia uno dei rivolgimenti più significativi della sua storia economica: la privatizzazione. Si tratta di una vicenda che, secondo alcuni, chiude un capitolo della storia italiana (quella governata dagli enti pubblici economici) e che, "per novità di contenuto e gravità di conseguenze, regge il confronto con la rivoluzione istituzionale degli anni trenta" (IRTI); una vicenda che segna un profondo e sostanziale cambiamento di rotta; anzi, addirittura, un'inversione di tendenza, un diverso modo di attuare la presenza dello Stato nello scenario della vita economica del Paese. Quali siano le ragioni di questa svolta è difficile dire: hanno concorso numerosi eventi, di vario genere, soprattutto di ordine politico e sociale. Certo, un ruolo determinante l'ha svolto la crisi dello Stato imprenditore ossia l'aver preso coscienza che l'intervento statale nell'economia, la sua partecipazione (più o meno diretta) all'attività produttiva non è stata (o non è stata sempre) in grado di conseguire gli obiettivi programmati: l'interesse pubblico ed il benessere della collettività.

Questo non significa che, per effetto della privatizzazione, l'attività produttiva sia ormai tutta ascrivibile all'iniziativa privata e

non ci sia più spazio per quella pubblica: per potere affermare questo bisognerebbe eliminare dal testo dell'art. 41 Cost. l'espresso ed inequivoco riferimento all'impresa pubblica; bisognerebbe cambiare la filosofia della nostra carta costituzionale. Da questo profilo, la privatizzazione non cambia nulla o comunque cambia poco: l'impresa privata e quella pubblica continuano a coesistere, su un piano di parità, almeno per ciò che riguarda la libertà di iniziativa; e lo Stato, dunque, almeno per il momento e sino a quando non si passasse ad un diverso sistema economico, quello di mercato, di stampo liberale, resta ancora legittimato ad intervenire nell'economia per coordinare e indirizzare la relativa attività a fini sociali.

Significa però che cambia il modo d'essere dell'impresa pubblica, che non può più dimenticare i valori economici ed utilitaristici dell'attività produttiva, né prescindere da una gestione efficiente delle risorse. E cambia, così, a causa della privatizzazione (verrebbe fatto di dire: per merito di essa), il rapporto tra i due diversi tipi di impresa, quella pubblica e quella privata: forse, sarebbe meglio dire che cambiano la *qualità* e la *dimensione* di tale rapporto, nel senso che la privatizzazione, esaltando i momenti economici dell'impresa pubblica, sin qui negletti, riduce la distanza che separa quest'ultima dall'impresa privata e fa sì che il ruolo della stessa ritorni fisiologico ossia quello che è istituzionalmente chiamato ad essere: un ruolo strategico, di ampio respiro, nel contesto socio-economico del Paese. Un ruolo caratterizzato da una spiccata sensibilità ai momenti sociali dell'impresa, pur non dimenticare dei valori propriamente economici, di carattere utilitaristico.

In definitiva, la privatizzazione spinge l'impresa pubblica verso il suo naturale alveo e, facendola regredire, per un certo verso l'avvicina all'impresa privata, ma soprattutto le fa cedere taluni degli spazi che fin qui aveva occupato (spesso male, per non dire in modo disastroso).

**3.** Le spinte verso la privatizzazione vengono da due direzioni diverse e si presentano nel tempo sempre maggiormente pressanti: da un canto, l'esigenza di restituire all'impresa quella voca-

zione economica ed utilitaristica che il prevalere di istanze pubblicistiche aveva sempre di più soffocata; dall'altro, l'esigenza di eliminare il debito pubblico, che aveva finito con il gravare sullo Stato in maniera che era ormai diventata insostenibile.

Non è del tutto chiaro quale sia stata, nell'intendimento del legislatore tra le due anzidette esigenze quella più importante, tale da doversi ritenere prevalente, anche se c'è da chiedersi se alla privatizzazione degli enti pubblici si sarebbe egualmente fatto luogo se non si fosse avvertita e non fosse divenuta sempre più pressante la necessità di estinguere il debito pubblico.

A) Comunque, quanto alla prima esigenza, la privatizzazione costituisce un freno ed un antidoto: un freno alla corsa dell'impresa pubblica ad occupare sempre maggiori spazi ed a farlo in modo distorto dal profilo economico; un antidoto rispetto alla rovinosa distruzione di ingenti risorse economiche, in vista della restituzione dell'impresa ad un assetto coerente con la sua naturale vocazione utilitaristica e produttiva.

Significativo è in questo senso quanto si legge nei vari provvedimenti formali, attraverso i quali si è fatto luogo alla trasformazione dei singoli enti in società per azioni, laddove sono esplicitamente indicati i relativi criteri e le finalità: "procedere alla *necessaria* razionalizzazione del sistema degli enti e delle aziende pubbliche statali per maggiormente impegnarne la gestione a criteri di economicità ed efficienza secondo le regole del mercato, anche alla luce dell'imminente completamento del mercato unico europeo che impone il progressivo miglioramento della competitività del sistema produttivo italiano" (deliberazione CIPE 25 marzo 1992, in *Gazzetta Ufficiale* 2 aprile 1992, n. 78).

Quattro sembrano essere, dunque, gli obiettivi della trasformazione:

- in primo luogo, la razionalizzazione del sistema degli enti operanti nei diversi settori economici. Con riguardo a questo primo obiettivo, ne va sottolineata l'equivocità: ci si propone di razionalizzare il sistema degli enti pubblici, ma come si può mai raggiungere tale direttiva se tali enti si aboliscono e sono quindi destinati a scomparire? Comunque, tale razionalizzazione del sistema viene



ritenuta necessaria, anche se non ne vengono indicati i contenuti. Sembra che qui il riferimento sia, da un canto, alla esigenza di riorganizzare (anche rendendole per quanto possibile omogenee) le imprese (pubbliche) operanti nei diversi settori economici in vista del conseguimento degli obiettivi di efficienza ora perseguiti e, dall'altro, alla coerenza rispetto alle finalità della privatizzazione;

- in secondo luogo, l'abbandono dei vecchi criteri gestionali e l'attuazione di quelli improntati ad economicità ed efficienza: con la trasformazione sono valorizzati i momenti utilitaristici e produttivi dell'impresa, primo fra tutti, quello relativo alla gestione efficiente delle risorse;

- in terzo luogo, il miglioramento della competitività dell'attività produttiva, in modo da reggere e superare la prova dell'inserimento nel mercato economico europeo;

- in quarto luogo, il richiamo al mercato e l'impegno di operare secondo le sue regole. Questo rappresenta l'obiettivo più significativo ed innovatore, che dà veramente il segno del valore propulsivo (quasi rivoluzionario) del passaggio dal pubblico al privato. Non a caso è stato scritto che con la privatizzazione "lo Stato rinuncia a speciali strumenti di azione (come, appunto, gli enti pubblici economici), ed accetta, in linea di principio, la parità con le imprese private. L'eguaglianza dei soggetti economici, tutrice della libera gara e della neutralità del mercato, è un risultato di grandiosa importanza: ed offrirà stimolo e materia per una nuova Costituzione economica. Il decreto del luglio '92, chiudendo un sessantennio di storia nazionale, ne ha già scritto la prima pagina" (IRTI).

B) L'altra esigenza, quella di ridurre il debito pubblico, ha certamente svolto un ruolo che – pur essendo del tutto occasionale e contingente – è stato in qualche misura determinante per la privatizzazione.

La sua rilevanza è particolarmente avvertita dal legislatore, tanto che questi, in modo inequivoco ed espresso, stabilisce: "...il ricavato della cessione delle obbligazioni convertibili...nonché delle azioni...sarà destinato anche alla riduzione del debito pubblico" (art. 17 D.L. n. 333/1992).

Così, la finalità della privatizzazione è sì quella di far diventare privata un'impresa pubblica, ma nello sfondo – e nemmeno celato – si scorge chiaramente il motivo (o uno dei motivi) che presidia la vicenda e la determina: quello di risanare il debito pubblico. Qui, in sostanza, il debitore (lo Stato) è spinto a vendere e vende un suo bene perché possa, con il prezzo ricavato, estinguere le sue obbligazioni.

4. Alla privatizzazione si può far luogo in tanti modi. Il legislatore italiano ne ha prescelto uno che ha applicato in maniera indiscriminata, uniformemente, senza tener conto delle singole imprese e delle specifiche particolari condizioni in cui ciascuna di esse versava. È inutile dire se questo sia stato un errore oppure no, dato che il processo di privatizzazione è ad uno stadio molto avanzato ed a quella degli enti pubblici di maggiore rilevanza si è ormai fatto luogo nell'unico modo prescelto, che è quello della trasformazione in società per azioni. Comunque, l'esperienza applicativa sinora maturata testimonia che in taluni casi la detta trasformazione si è dimostrata la strada migliore; in altri, no.

Infatti, tutte le volte in cui ad essere privatizzato è stato un ente che operava validamente nel mercato e che esercitava quindi la sua attività istituzionale in modo normale, riuscendo a gestire con criteri rigorosamente economici, allora tutto è andato nel migliore dei modi: la privatizzazione è stata attuata con la trasformazione dell'ente in società per azioni e con la conseguente dismissione (totale o parziale, comunque generalmente graduale) delle partecipazioni azionarie, dallo Stato ai privati. In questo caso, il passaggio dal pubblico al privato è stato indolore, anche perché il mercato finanziario ha attraversato una congiuntura particolarmente favorevole, tanto da assorbire con una certa disinvoltura la massa dei titoli azionari immessivi.

Viceversa, tutte le volte in cui ad essere privatizzato sia stato un ente che presentava disfunzioni e dimostrava incapacità ad esercitare la sua attività istituzionale in modo fisiologico e con criteri economici, allora passare dal pubblico al privato, attraverso la trasformazione in società per azioni, non è risultato né agevole, né in

alcuni casi praticabile, almeno dal profilo sostanziale, per evidenti ragioni: non si sono trovati, né era immaginabile che si potessero trovare acquirenti delle partecipazioni azionarie di una società deficitaria. In tal modo, con riguardo a situazioni siffatte, il discorso è stato più complesso, in quanto sul processo di privatizzazione ha interferito una componente perturbatrice, qual è appunto la presenza di un'impresa che non era in condizione di subire metamorfosi, se prima non risolveva i problemi sostanziali che l'affliggevano.

È quindi accaduto che in tutti tali casi il percorso dal pubblico al privato, più che guardare alla meta da raggiungere – appunto, il privato – si è per forza di cose allungato a dismisura e si è diluito nel tentativo, spesso inane, di eliminare gli innumerevoli ostacoli che vi si frapponivano: era necessario risanare l'impresa, prima di consegnarla all'area del privato e di gestirla con i criteri di questo. Così, la privatizzazione spesso si è fermata e la singola impresa ha continuato ad essere sempre la stessa, ossia quella che era prima della trasformazione: non già una (vera e propria) società per azioni, ma un'impresa pubblica, gestita con i criteri di questa, destinata a svolgere la propria attività istituzionale a tutti i costi, anche con metodi antieconomici. E questo ha finito con il creare un'enorme confusione, dato che si utilizza una struttura privatistica per conseguire finalità pubblicistiche: l'impresa ha perduto la sua identità, perché in verità è diversa da quella che formalmente si dice che sia e perché chi la gestisce è ancora alla ricerca incessante, spesso affannosa, di dominare la situazione, di eliminare le disfunzioni e di raggiungere l'area privatistica.

Qui vien fatto di ripetere le critiche che sono state perentoriamente formulate: “l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale. Certo la legge dello Stato può sopprimere o modificare, in una o altra sede particolare, anche ciò che nella sede propria ha imperativamente stabilito: ma un uso normativamente distorto degli istituti mortifica il pubblico e il privato, attenua le garanzie, suscita questioni di legittimità costituzionale e nuoce alla coerenza e al prestigio dell'ordinamento giuridico” (OPPO).

**5.** La trasformazione dell'ente Ferrovie dello Stato in società per azioni si inquadra nel contesto sin qui illustrato, ma presenta – è bene precisarlo subito – innumerevoli problemi, sia di natura formale, che sostanziale, tanto gravi che finiscono, come vedremo, con l'ingenerare addirittura il dubbio che sarebbe stato forse meglio evitare di farla. Comunque, va detto che taluni di tali problemi sono di carattere sistematico e riguardano quindi la privatizzazione, in quanto tale, con la conseguenza che sono riferibili sia alla privatizzazione dell'ente Ferrovie, sia a quelle degli altri enti (IRI, INA, ENI, ENEL, ecc.), che hanno avuto la medesima sorte; altri, invece, riguardano propriamente il nostro ente e sono quindi allo stesso riferibili in via esclusiva.

Io – come ho già preannunciato – mi limiterò a dar conto soltanto di taluni di tali problemi e segnatamente di quelli che riguardano in modo specifico i momenti societari.

A) Anzitutto, quando si afferma che si intende trasformare un ente pubblico economico, come le Ferrovie dello Stato, in società per azioni non si dice certamente una cosa del tutto esatta. Emerge anche qui l'esigenza che ci sia chiarezza nelle cose che si dicono e che si vogliono fare; esigenza, che non è di carattere meramente terminologico, ma anche sostanziale.

Parlare, infatti, di trasformazione di un ente pubblico in società per azioni è per certi versi improprio: la trasformazione è vicenda propriamente societaria, che di regola si attua sulla base di una specifica deliberazione dei soci (e non *ex lege*) e alla quale corrisponde un certo rigore formale, tanto che è prescritto l'atto pubblico (art. 2498 c.c.). Qui, invece, la trasformazione poteva essere realizzata ed è stata realizzata solo mediante una legge: il fatto che gli enti trasformandi non avessero struttura associativa costituiva un impedimento insuperabile alla praticabilità di una trasformazione volontaria (FERRO-LUZZI). In effetti, di regola la trasformazione non può riguardare enti diversi dalle società: secondo il sistema normativo, si trasforma un tipo societario in un altro tipo societario e quindi la trasformazione è possibile solo nel terreno societario, come vicenda intersocietaria riguardante organismi omologhi, non eterogenei.

Peraltro, anche se si volesse ampliare l'ambito applicativo di un istituto come la trasformazione, che ha certamente vocazione societaria, e se ne volesse estendere l'utilizzazione, come del resto è stato prospettato, all'ipotesi di passaggio da un'impresa individuale ad una collettiva (MAZZONI) ed anche se addirittura si condividesse l'opinione che la trasformazione "ormai non evoca soltanto il passaggio da un codice organizzativo all'altro nell'ambito del paradigma funzionale societario, ma anche la sostituzione di un ordinamento societario (di un tipo di società) ad un ordinamento (coerente ad un programma) non societario e viceversa" (SPADA); anche ad ammettere tutto questo, a me sembra comunque che quando la legge parla di trasformazione dell'ente pubblico economico Ferrovie dello Stato in società per azioni, usa il termine trasformazione in senso atecnico (rispetto al paradigma di cui all'art. 2498 c.c.), intendendo riferirsi, più che altro, ai momenti propriamente modificativi dell'ente, da pubblico a privato. Da questo profilo, è evidente la forzatura operata dal legislatore, consistente nell'utilizzazione di una vicenda tipicamente societaria, qual è appunto la trasformazione, per conseguire un mutamento che non è soltanto tipologico, ma addirittura sostanziale, in quanto coinvolge, mutandole del tutto, anzi volgendole verso il privato, le finalità pubbliche sino a quel momento perseguite dall'ente.

Comunque, ciò che maggiormente rileva è che la trasformazione dell'ente Ferrovie dello Stato non incide sui rapporti che facevano capo a quest'ultimo, nel senso che non li estingue, ma nemmeno li modifica, dato che vengono ora trasferiti, in modo assolutamente inalterato, in capo alla società per azioni risultante appunto dalla trasformazione, che ne diventa titolare. Da questo profilo, sembra evidente che quella attuata dalla legge, anche se non è vera e propria trasformazione, in senso tecnico, pure produce gli effetti tipici di questa.

Significativo è in questo senso quanto, in modo specifico, è stabilito nella deliberazione CIPE del 12 giugno 1992; per effetto della trasformazione, si attuano:

- il subentro della società per azioni (al posto dell'Ente Ferrovie dello Stato) in tutti i rapporti che quest'ultimo intratteneva

con lo Stato (alla data della trasformazione), incluso il contratto di programma del 23 gennaio 1991;

- il trasferimento alla società per azioni dei beni appartenenti all'Ente Ferrovie dello Stato.

Orbene, per quanto riguarda il primo di tali effetti, è evidente che la società per azioni, subentrando al posto dell'Ente Ferrovie dello Stato, ha finito con il diventare il concessionario del servizio ferroviario italiano. Società per azioni, dunque, chiamata a gestire un servizio pubblico, con criteri privatistici e con programmi certamente ambiziosi, quali sono indicati sempre nella citata deliberazione CIPE del 12 giugno 1992 (G.U. 23 giugno 1992, n. 146):

a) "riallineare i risultati economico-finanziari, la qualità del servizio e le potenzialità di sviluppo delle ferrovie italiane a quelli delle principali imprese ferroviarie europee, essenzialmente attraverso la flessibilità gestionale e societaria, il riordino organizzativo e la responsabilità manageriale assicurata dal modello civilistico";

b) ricondurre la produttività ai livelli europei, in modo da conseguire il pareggio di bilancio nel triennio ossia nel 1995; "il risparmio consolidato per lo Stato, rispetto al tendenziale, potrà essere pari a circa 136.000 miliardi, nel periodo 1993-2000", mentre "la capitalizzazione del patrimonio dell'azienda potrà garantire allo Stato un valore iniziale di circa 70.000 miliardi e, a fine periodo, di circa 150.000 miliardi di lire".

Per quanto riguarda poi il trasferimento alla società per azioni dei beni appartenenti all'Ente pubblico Ferrovie dello Stato si applica il regime dettato dall'art. 15 D.L. 23 gennaio 1993, n. 16, convertito in Legge 24 marzo 1993, n. 75. Qui, comunque, sono insorti contrasti in ordine all'individuazione dei beni da trasferire alla società per azioni risultante dalla trasformazione: questione, questa, che – come è ben noto – ha dato luogo a numerosi interventi consultivi del Consiglio di Stato. Si è quindi formato il convincimento che il trasferimento non può essere limitato alla sola rete ferroviaria statale ed agli impianti ad essa strumentalmente connessi, ma riguardi e comprenda tutti i beni che siano comunque nella disponibilità dell'ente pubblico trasformato e/o da questi, attualmente o

anche in passato, destinati all'esercizio della sua attività istituzionale.

È superfluo sottolineare che il discorso è reso alquanto problematico perché tali beni, nella massima parte, fanno parte del demanio pubblico o sono assoggettati al regime del patrimonio indisponibile e come tali non possono essere sottratti alla loro destinazione.

Si tratta quindi di spiegare non già soltanto come sia possibile che beni demaniali o facenti parte del patrimonio indisponibile, siano trasferiti, ma che lo siano ad un privato, ancorché società per azioni.

**6.** Quando si postula che la privatizzazione si attua mediante la costituzione *ex lege* di una società per azioni (che risulta dalla trasformazione di un ente pubblico), che è partecipata, almeno all'inizio, non già da privati, ma unicamente dallo Stato, si ripropone gran parte della complessa problematica relativa alla categoria societaria. Per stabilire, infatti, come sia mai possibile trasformare un ente pubblico economico (ossia una struttura di natura tipicamente pubblicistica) in una società per azioni (ossia in una struttura di natura privatistica) e per stabilire come ciò possa farsi, non già utilizzando la volontà delle parti (cioè, il contratto), ma la legge, occorre fare anzitutto chiarezza sul fenomeno societario e sulle sue vicende; occorre cioè dar conto della profonda evoluzione che ha subito nel tempo l'anzidetto fenomeno.

Sarà certamente un discorso non breve (anche se cercherò di condurlo in termini del tutto sintetici) e me ne scuso in anticipo; ma è un discorso necessario per intendere in modo compiuto la vicenda di cui ci occupiamo e acquisire la consapevolezza del contesto nel quale l'ente pubblico trasformando si va ad inserire e trova collocazione.

Dunque, la società nasce con un contratto e che sia così lo dice oggi la legge in modo testuale: l'art. 2247 c.c., infatti, stabilisce che con il contratto di società due o più persone conferiscono beni e/o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica, al fine di dividerne gli utili. Ed è noto che l'affermazione secondo cui

la società è un contratto costituisce il risultato – tradotto in termini normativi – di un travaglio dottrinario assai vivace che si protrasse a lungo, dagli inizi degli anni trenta e per molto tempo dopo, volto ad introdurre nello scenario delle espressioni formali del volere la categoria del contratto plurilaterale.

Il contrasto tra Messineo, da un canto, che negava la configurabilità di tale categoria contrattuale, ed Ascarelli, dall'altro, che sosteneva il contrario, è troppo noto perché io mi soffermi a darne analitico conto. Mi piace comunque affermare che sono grato all'amico Fanara che, affidandomi questa relazione, mi ha dato l'opportunità di rifare delle letture che avevo fatto – ahimè – tanto tempo fa (quando ero un giovane studioso) e che secondo me conservano ancora oggi grande fascino e sicuro interesse non foss'altro perché ritornano attuali problemi che erano, almeno in parte, sopiti. Certo è che tale contrasto – è giusto ricordarlo – ebbe una grande eco e coinvolse enormemente gli studiosi, i quali numerosi contribuirono a vivacizzarlo e ad elevarne il tono: i contributi che sul tema furono forniti (è impossibile qui ricordarli tutti) costituiscono certamente una pagina assai apprezzabile della dottrina commercialistica italiana.

Ma, a parte gli aspetti di ordine generale, riguardanti il sistema del contratto, ciò che sembra opportuno qui sottolineare è che il codice civile vigente ha risolto *per tabulas* il problema: riconoscendo la configurabilità di contratti con più parti, in cui le prestazioni di ciascuna di esse sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, ha finito non già soltanto con il legare la società all'area del contratto, ma anche attribuito alla società ed al rapporto che da essa deriva la relativa natura. Non a caso, si è oramai ingenerato il fermo convincimento che – com'è stato efficacemente detto – in un sistema positivamente organizzato come il nostro, il fatto che la società è un contratto va considerato come un dato da cui prendere le mosse e non un risultato cui occorra pervenire (FERRO-LUZZI).

D'altro canto, nella direzione qui prospettata appare determinante considerare che la società presenta una sua specifica caratteristica, consistente in ciò che lo scopo perseguito da ciascuno dei



contraenti è comune a quello perseguito da tutti gli altri. A questo proposito, per sottolineare la particolare specificità del contratto societario, è assai significativo ripetere quanto scriveva Graziani: l'affermazione che nel contratto di società lo scopo è comune sta ad indicare che "l'avvenimento che soddisfa l'interesse di tutti i contraenti è unico (nella società, l'esercizio in comune dell'attività economica che forma oggetto del contratto), laddove nei contratti di scambio l'avvenimento che soddisfa l'interesse di una delle parti è diverso dall'avvenimento che soddisfa l'interesse dell'altra (nella compravendita, l'interesse del compratore è soddisfatto dal trasferimento di proprietà della merce, l'interesse del venditore dal trasferimento di proprietà del prezzo)".

Sennonché, è parimenti impossibile negare che la formula societaria ha subito, specialmente in quest'ultimo trentennio, profonde rivisitazioni. Così, sono stati reconsiderati tutti gli aspetti nei quali essa si articola e scompone in coerenza con le profonde innovazioni che hanno interessato l'economica e anche con la necessità di adeguare il nostro sistema normativo al regime comunitario ed a quello di altri paesi industrializzati. E non mi sembra dubitabile che il nostro sistema abbia subito l'influsso delle altre legislazioni, specialmente di quelle vigenti in paesi economicamente sviluppati come il nostro.

In questo contesto, sono noti i tentativi di dare un nuovo assetto sistematico alla formula societaria: tentativi che si sono fondamentalmente diretti non già verso la negazione di quella che è per tradizione la natura e la stessa configurazione della società, in quanto tale (da questo profilo, la società resta sempre e comunque quella disegnata dall'art. 2247 c.c.), ma nell'ampliare i confini della categoria, riconoscendone l'utilizzabilità anche in maniera difforme e per il conseguimento di fini diversi rispetto a quelli ordinari, previsti dal legislatore codicistico. Si è così, in buona sostanza, presa coscienza che la società è un modello organizzativo dell'impresa, ossia uno strumento attraverso il quale l'impresa viene esercitata ed opera nel mercato.

Si è presa coscienza, insomma, che in un certo senso è possibile considerare la società come una struttura correlata all'impresa

(più precisamente ad una impresa collettiva): una struttura organizzativa preordinata per l'esercizio di un'attività economica. Da questo profilo, è venuta via via sempre di più emergendo la *neutralità* della struttura societaria, la possibilità che questa si pieghi in direzioni diverse. Non a caso la società è stata accostata – proprio con particolare riguardo ai momenti negoziali – al negozio cambiario, rispetto al quale emerge la astrattezza della causa, ovvero anche a quel complesso di contratti, per vero assai numerosi, con causa variabile, “in virtù dei quali talune strutture giuridiche (cessione dei crediti, contratto a favore di terzi, ecc.) possono indifferentemente ed a seconda dei casi venire utilizzate dai contraenti per scopi diversi, come quello di donare, garantire, vendere, dare a mutuo, ecc.” (SANTINI).

Ma ciò che più interessa, in questa sede, è che a poco a poco si è venuta dilatando l'area della formula societaria: questa, sino ad un certo punto, è rimasta fermamente ancorata all'area negoziale; oggi, invece, si muove ed estende sempre di più in direzione dell'impresa, coinvolgendo ed interessando anche la relativa area.

7. Comunque, questa evoluzione della formula societaria si è venuta compiendo attraverso un percorso impervio ed alquanto laborioso, protrattosi a lungo nel tempo, che per quanto qui a noi interessa, può descrittivamente essere scandito, in termini sintetici e riduttivi, per astrazione, in quattro tappe diverse, indipendenti tra loro:

a) la prima di tali tappe è costituita da quello che Gerardo Santini, con immagine assai suggestiva, chiamò “il tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali”.

Per intendere appieno in che modo si giunge alla “*evaporazione*” dei momenti lucrativi della società per azioni, occorre anzitutto prendere atto che l'interpretazione più diffusa e generalmente accettata del dato normativo è nel senso che il legislatore codicistico costruì la società in maniera tale che quello della ripartizione degli utili conseguiti dalla società rappresenti uno dei momenti fondamentali della formula societaria: le parti conferiscono beni (o servizi) perché sia reso possibile l'esercizio in comune

di un'attività economica (causa immediata) e fanno questo per uno scopo ben preciso, che è appunto quello di dividere gli utili che dall'esercizio di tale attività sono convinti deriveranno (causa mediata). Giammai i soci farebbero conferimenti e giammai svolgerebbero un'attività economica se non fossero convinti di realizzare utili da ripartire. A questo proposito, Ferri scriveva che la divisione degli utili è un momento essenziale della società, pervenendo così ad un risultato rigorosamente conseguenziale: non sono società "quei contratti che, pur proponendosi un risultato economico..., non hanno come scopo la ripartizione del reddito realizzabile attraverso l'esercizio in comune della attività".

Sennonché, com'è ben noto, in direzione opposta, si è considerato che non sempre la società per azioni è stata utilizzata per conseguire fini di lucro: molte volte, infatti, gli operatori l'hanno utilizzata e continuano ad utilizzarla per ragioni diverse, il più delle volte connesse all'interesse di limitare la responsabilità e comunque per finalità non lucrative. Così, la società per azioni non è stata impiegata sempre in maniera coerente con il modello disegnato dal legislatore: ché, anzi, spesso se ne è fatto un uso distorto. È stato detto che questo era inevitabile, per la decisiva considerazione che nel nostro ordinamento "non solo mancano gli strumenti per impedire ai soci di perseguire mediante società lucrative scopi diversi da quelli lucrativi, ma la struttura stessa delle società di capitali è la più articolata ed evoluta rispetto ad ogni altra, sicché è ragionevole considerare che a quelle strutture si rivolgano coloro che intendono organizzare i loro rapporti, specialmente all'interno, nel modo offerto dalle società per azioni e sulle orme della tradizionale elaborazione di esse da parte della prassi, oltreché della dottrina e giurisprudenza" (SANTINI).

Si è quindi verificata quella che è stata chiamata una sorta di "*fading*" ossia di esaurimento della causa lucrativa: la società diventa così una sorta di modello organizzativo idoneo ad essere impiegato indifferentemente per il conseguimento di una molteplicità di scopi, anche diversi tra loro. È uno strumento utilizzabile per l'esercizio di un'attività economica di natura commerciale, ma non sempre per scopi lucrativi: "in questo senso" - scriveva Santini - "si

può dunque parlare di una sorta di neutralità della struttura, cioè di una struttura destinata ad essere riempita sì da una finalità concreta, ma non necessariamente da uno scopo lucrativo tecnicamente inteso”.

Ma la posizione più critica rispetto alla rilevanza dello scopo di lucro nell'economia dell'elemento causale della società è quella assunta da uno dei nostri studiosi più attenti ai momenti sistematici dell'esperienza giuridica. Mi riferisco ad Angelo Falzea. Questi parte da una considerazione elementare, secondo la quale bisogna distinguere tra lo scopo della società e quello dei soggetti che la costituiscono: sulla base di tale distinzione, emerge quindi che lo scopo lucrativo non può essere della società, ma solo dei soci. In tal modo, lo scopo della società – scrive Falzea – “non è altro che il compimento ad essa in concreto assegnato dalle parti ossia un'attività produttiva di certi beni o servizi destinati allo scambio. Dallo scambio dei beni o servizi prodotti potrà scaturire un utile: ma lo scopo di conseguire e di appropriarsi di tale utile è dei soggetti che pongono in essere la società, non della società stessa, rispetto alla quale l'utile rappresenta un mero risultato economico dell'attività produttiva e di scambio”.

Dovendo tralasciare, per forza di cose, ogni ulteriore approfondimento del tema, che in questa sede sarebbe ultroneo, mi sembra che, volendo dare contezza dell'orientamento prevalente degli interpreti, sia possibile qui sinteticamente affermare che si è venuta facendo strada l'opinione che, ordinariamente, lo scopo di lucro rappresenti il momento caratterizzante della società, secondo lo schema delineato dall'art. 2247 cit.. Epperò è possibile – e la legge lo prevede in più occasioni – un uso indiretto dei tipi societari (società consortile, sportiva, ecc.) con la conseguenza che la società è configurabile e può ben essere costituita anche quando lo scopo di lucro sia dalle parti considerato meramente eventuale o sia dalle stesse addirittura del tutto escluso.

b) la seconda, altrettanto significativa, tappa è costituita dall'affiorare della società consortile nello scenario del fenomeno societario.

La configurabilità della società consortile era generalmente ammessa – sia pure con non pochi dissensi – dagli interpreti, prima della riforma del 1976. Dopo tale riforma, essa ha fatto il suo ingresso ufficiale nel sistema societario e non la si può certo negare più: “con la norma dell’art. 2615 *ter*” – è stato efficacemente affermato – “la società-consorzio esce definitivamente dal limbo delle società anomale e si inserisce all’interno del sistema del codice quale figura associativa caratterizzata dalla gestione in comune di un’impresa per finalità direttamente consortili” (VOLPE PUTZOLU).

Ed è dunque ormai opinione incontrastata che l’art. 2615 *ter* c.c., pur nella sua non del tutto apprezzabile formulazione, ha sostanzialmente reso possibile inserire nelle diverse e tipiche strutture societarie una causa consortile: sono i vari e diversi tipi di società, previsti e disciplinati nei capi III e segg. del Titolo V che, pur conservando la loro intrinseca configurazione giuridica e la loro collocazione nel sistema, possono assumere come oggetto gli scopi propriamente consortili indicati nell’art. 2602 c.c. Così, anche se è vero che non tutti i dubbi possono dirsi fugati, sembra comunque possibile affermare che ormai l’interprete, più che preoccuparsi della configurabilità della società-consorzio, debba piuttosto farsi carico di individuare quale sia la sua esatta collocazione nell’ambito del sistema societario.

Da questo profilo, sembra possibile affermare che la società consortile non è un tipo (nuovo) di società, che si diversifichi rispetto a tutti gli altri, previsti e disciplinati dalla legge. È piuttosto un diverso modo di atteggiarsi delle singole società tipiche, quali sono quelle di volta in volta prescelte ed utilizzate dai consorziati per l’esercizio dell’attività consortile; è una società, una vera e propria società, che persegue direttamente finalità consortili.

Lo si desume in modo inequivoco, dall’art. 2615 *ter* c.c., laddove appunto è prevista – non già l’introduzione di una nuova e tipica società, quella consortile, che si aggiunga a quelle disciplinate nei capi III e segg. del Titolo V, ma più semplicemente – la possibilità che le c.d. società commerciali (da quella in nome collettivo in poi) assumano come oggetto gli scopi consortili. Lo si desume

altresì dalla disposizione contenuta nel secondo comma del medesimo art. 2615 *ter* c.c., laddove è espressamente stabilito che i soci possono forzare il regime del (tipico) modello prescelto, volgerlo a fini consortili, costituendo l'obbligo di versare contributi in denaro.

In tal modo sono gli schemi delle singole società tipiche che possono essere adattati agli scopi consortili, non è lo scopo consortile che, introdotto negli schemi societari, ne modifica la struttura creando una (nuova e diversa) società tipica.

Così, quando un qualsiasi tipo di società (per esempio: una società in nome collettivo) assume come suo oggetto gli scopi propri del consorzio, non perde i suoi specifici caratteri, non modifica la sua struttura e la sua organizzazione, non diventa insomma diversa da quella che è normalmente, né muta la sua identità e la sua posizione nel sistema del diritto societario: è una società in nome collettivo; e tale resta. Ciò che cambia è lo scopo e, quindi, la utilizzazione dei risultati della sua attività. Normalmente, con riguardo alla sua ordinaria configurazione persegue un fine di lucro e, quindi, destina i risultati della sua attività in favore dei soci, attraverso la distribuzione degli utili conseguiti ed in tutti gli altri modi statutariamente previsti. Assumendo, invece, scopi consortili persegue una finalità diversa, propriamente mutualistica, e destina i risultati della sua attività (sempre in favore dei soci-consorziati ma) in termini di vantaggio ed utilità.

E ciò è reso possibile proprio perché, com'è stato dimostrato, i modelli societari, nella loro tipicità, possono essere resi neutri dal profilo causale: disciplinando l'organizzazione della società ed il funzionamento di questa, possono essere in concreto utilizzati per scopi diversi, finanche per il conseguimento di finalità non lucrative, ma mutualistiche.

c) ancora, una terza tappa di quello che ho chiamato il processo evolutivo della formula societaria, è segnata dall'apparizione delle società costituite con atto unilaterale (la cui natura è ovviamente negoziale, anche se non contrattuale).

Vanno in tale contesto collocate sia le società che derivano dai procedimenti di ristrutturazione degli enti pubblici creditizi (Legge 30 luglio 1990, n. 218; D. Lgs. 20 novembre 1990, n. 356),

che sono costituite per atto unilaterale dell'ente, sia le società che derivano dalla scissione tutte le volte in cui le società che beneficiano del trasferimento siano di nuova istituzione (art. 2504 *septies* c.c.), che sono costituite per atto unilaterale dalla società che procede alla scissione.

In questi casi, chi attua la costituzione della società è un solo soggetto; e non è previsto l'intervento di alcun altro. La costituzione avviene dunque per atto unilaterale.

d) infine, una quarta tappa evolutiva del fenomeno societario, questa alquanto più recente e per certi versi maggiormente rilevante, è costituita dalla introduzione nel nostro sistema delle cosiddette *società legali*.

L'espressione non è delle più felici, non foss'altro perché tutte le società sono previste dalla legge e, in quanto tali, sono "*legali*", almeno nell'accezione tecnica del termine. Il suo concreto significato va quindi ricercato in altra direzione e precisamente verso i momenti genetici. In questo senso è legale quella società rispetto alla quale la legge rappresenta la fonte, diretta o indiretta, più o meno determinante, della sua costituzione. Da questo profilo, il ruolo che la legge può svolgere nella vicenda costitutiva della società non è sempre lo stesso e si è quindi proposto di distinguere a seconda che la legge si atteggi come fonte di una facoltà, ovvero come fonte di un obbligo, ovvero come fonte direttamente costitutiva della società. Nel primo caso, la legge funge da stimolo alla costituzione, nel senso che ne promuove l'iniziativa e ne autorizza il compimento: si parla, in questa ipotesi, di società "*autorizzata*"; nel secondo caso, invece, la legge impone a determinati soggetti di costituire la società, in vista del raggiungimento di determinati obiettivi; nel terzo caso, infine, è la legge stessa che, direttamente, costituisce la società, a prescindere dalle parti e senza il concorso del volere di queste: in quest'ultima ipotesi si parla di società *coattiva*, dato che qui si prescinde dal volere dei soci e la società quindi non è un atto di autonomia, ma espressione della sovranità dello Stato, che la impone autoritativamente.

8. Ed eccoci, finalmente, arrivati al punto: postulare che una società per azioni possa essere costituita – oltre che con il contratto – anche direttamente dalla legge, cioè senza il concorso del volere delle parti, non significa semplicemente incrementare gli strumenti formali, idonei alla formazione delle società ossia aumentare le possibili sue fonti costitutive. Se fosse solo questo, non ci sarebbero forse problemi o, quanto meno, questi sarebbero di scarso rilievo, non foss’altro perché, in linea di principio, poco conta quanti siano gli strumenti formali (il contratto, la legge e/o altro) che possano essere utilizzati per la costituzione della società. Significa, piuttosto, ammettere che la società, per essere costituita, possa anche fare a meno del contratto e, quindi, che questo non sarebbe sempre necessario.

Ma sul piano sistematico ciò è proprio possibile?

Se a tale quesito si ritenga di dover dare una risposta pienamente coerente con il sistema codicistico, dovrebbe allora affermarsi che quella costituita *ex lege*, risultante dalla trasformazione dell’ente pubblico economico, non può essere considerata una vera e propria società per azioni per tutta una serie di ragioni:

- difetta la volontà delle parti ossia l’elemento negoziale;
- difetta, ancora, l’atto di autonomia (dei soci);
- difetta la presenza dei soggetti che della società sono chiamati a far parte: costoro, come vedremo, non partecipano nemmeno al procedimento formativo della società, che è compiuto dalla legge, e ne restano del tutto estranei; anzi, lo subiscono e si trovano ad esser soci senza volerlo;
- difetta, infine, il rapporto giuridico che con la società si costituisce tra i soci e che dal negozio societario deriva, unico essendo (quanto meno al momento della costituzione della società) il socio: lo Stato.

E varrebbe, dunque, qui – con effetti preclusivi – l’affermazione secondo cui deve ritenersi “acquisita la certezza che la società nasce da un contratto” (ABBADESSA) e che senza il contratto non può esserci società.

E però, se a tale quesito si volesse dare una risposta che tenga conto che è la legge (art. 15 D.L. n. 333/1992), con la sua sovra-



tà, a stabilire la nascita della società ed a fungere da strumento costitutivo di essa, allora all'interprete non resta, per forza di cose, che prenderne atto. Di fronte al precetto normativo ed alla sua intrinseca forza cogente, si potrebbe seriamente dubitare della saggezza sistematica del legislatore, ma non si potrebbe negare che una società esista e che sia stata costituita *ex lege*.

Né sarebbe possibile prospettare che quella costituita dalla legge sia qualcosa di diverso dalla società per azioni. In contrario, infatti, rileva sia l'inequivoco e preciso riferimento al tipo societario, che è fatto dalla legge, che parla appunto di trasformazione in società per azioni, sia soprattutto l'altrettanto preciso riferimento alla finalità perseguita, che è quella di attuare la privatizzazione e di farlo mediante l'utilizzazione di uno strumento tipicamente privatistico, come la società per azioni. Il disegno del legislatore, insomma, anche se privo di rigore sistematico, qui sarebbe preciso e non lascerebbe margini di dubbio: vuole attuare ed attua la privatizzazione attraverso la costituzione di una società per azioni e questa rappresenta dunque lo strumento formale prescelto. Addirittura, a testimoniare che il legislatore ha voluto costituire una società per azioni – proprio questa e non un'altra – sta la circostanza che, secondo quanto stabilisce l'art. 15, ult. comma, D.L. n. 333/1992, non c'è nemmeno bisogno di attardarsi ad eseguire tutte le formalità che sono prescritte ai fini della costituzione della società per azioni, che vanno dalla stipulazione dell'atto costitutivo sino alla formazione dello statuto: tale disposizione, infatti, stabilisce che la pubblicazione della legge (nella Gazzetta Ufficiale) “tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione delle società previsti dalla normativa vigente”.

Siamo, così, di fronte ad una realtà che, per certi versi, sconvolge il sistema e che è destinata a suscitare dubbi ed interrogativi. Ma, siamo di fronte ad una realtà che non sembra possa essere negata e che l'interprete, più che contestarne l'esistenza, si deve impegnare a ridurre a sistema ed a conciliare con questo.

**9.** In questa direzione, il tentativo di dare un assetto sistematico alla società per azioni costituita per legge (come la Società per

azioni Ferrovie dello Stato, risultante dalla intervenuta trasformazione del relativo ente pubblico economico), mi sembra che vada fatto muovendo da talune considerazioni:

a) anzitutto, in termini del tutto generali, va tenuto conto della particolare configurazione della società per azioni. Questa costituisce un modello societario di elevata raffinatezza, strutturalmente completo, con attitudine a coprire spazi impensabili e ad essere quindi impiegato nei più svariati campi, ancorchè diversi da quelli tipicamente privatistici assegnatigli dal legislatore codicistico e normalmente praticati. Si tratta di un modello che incontra il favore generale perché – potendo esser reso neutro, quanto a natura ed a funzioni – si apre a dismisura e quindi riesce, più e meglio di ogni altro, a regolare l'attività produttiva, ad appagare gli interessi degli operatori economici (privati e pubblici) ed a dare a tali interessi assetti formali e sostanziali soddisfacenti;

b) poi, sul piano letterale, va tenuto conto che l'art. 2247 c.c., nel definire la società, non dice che la *società è un contratto*, ma che “*con il contratto di società*” le parti si obbligano ad eseguire determinate prestazioni, tipicamente societarie, per conseguire degli scopi determinati. Il legislatore, insomma, adopera una locuzione che, pur facendo chiaro riferimento alla natura contrattuale della società, lascia tuttavia aperte e sotto certi profili indefinite le fonti costitutive di quest'ultima: come è stato giustamente sottolineato, la definizione fornita dalla legge “non esclude che la società, come rapporto, possa avere origine non contrattuale” (MARASÀ).

Pertanto, avendo riguardo alla lettera dell'art. 2247 cit., la possibilità che una società per azioni sia costituita, oltre che mediante il contratto, anche mediante la legge, non solo non è esclusa, ma nemmeno appare incoerente rispetto alla previsione normativa.

c) ancora, va tenuto conto di quanto in precedenza ho illustrato a proposito degli sforzi compiuti dagli interpreti, volti ad ampliare i confini della formula societaria, riconoscendone l'utilizzabilità anche in maniera difforme rispetto a quella ordinaria, di derivazione codicistica, in base alla considerazione che la società per azioni è una struttura neutra che, in quanto tale, può es-

sere espunta dal suo abituale *habitat* e resa operante in modo autonomo, come modello organizzativo e come strumento operativo.

Di tale risultato, in verità raggiunto con specifico riferimento allo scopo di lucro ed alla possibilità che la società per azioni sia costituita anche per conseguire scopi diversi da quello lucrativo; di tale risultato, dicevo, è possibile fare applicazione anche con riguardo ai momenti genetici della società per azioni. Se è vero, infatti, che la società è una struttura organizzativa dell'impresa sociale ossia un complesso di regole poste a salvaguardia dei terzi, oltre che dei soci, con il quale si stabilisce come debba essere svolta l'attività sociale e come trovino assetto e vadano esercitati i diritti ed adempiuti gli obblighi dei soci, allora potrebbe ancora una volta riconoscersi che questa struttura organizzativa è neutra; ed è tale, non già soltanto rispetto agli scopi che la società persegue, ma anche rispetto alle sue possibili fonti costitutive. Ai fini dell'utilizzazione della struttura organizzativa della società per azioni, insomma, può essere irrilevante che la società sia costituita mediante un contratto ovvero dalla legge.

Così, la società per azioni è costruita di regola con strumenti di natura contrattuale, ma a ragione della neutralità della sua struttura sarebbe possibile costruirla con strumenti di natura diversa, extracontrattuale, come espressione cogente della legge; e sarebbe quindi possibile impiegarla utilizzando fonti costitutive diverse dal contratto: insomma, la neutralità della struttura e la possibilità di estrarne quest'ultima dal suo usuale ambito, privandola della natura e dello scopo che di regola le sono tipicamente propri, ne consente l'utilizzazione e la costituzione mediante strumenti diversi da quelli negoziali, di regola impiegati.

In tal modo, la formula societaria può cambiare rispetto alla sua normale configurazione e dispiegarsi in maniera diversa da questa; e può cambiare nel senso che si modella non più soltanto sul contratto, ma anche sull'impresa: la società (per azioni) è struttura organizzativa relativa all'impresa (collettiva). Struttura organizzativa, che talvolta prescinde dal contratto, nel senso che può anche farne a meno, proprio perché è correlata all'attività sociale, al suo modo di essere, in termini oggettivi. Il momento naturale

della formula societaria, la sua contrattualità, non resta rinnegata, né soppressa del tutto. Solo che da essa si può anche, eccezionalmente, prescindere laddove sia necessario e quando sia possibile aver riguardo soltanto all'impresa, in quanto tale, e si tratti di volerne regolare l'esercizio alla stessa maniera di una società per azioni ossia utilizzando il relativo regime.

In definitiva, la formula societaria era prima fermamente legata all'area del contratto e non era nemmeno concepibile che potesse fuoriuscirne. Ora, invece, sembra rivendicare una sua autonomia dal contratto e si emancipa da questo, nel senso che si è allargata, proiettandosi in direzione dell'area dell'impresa: non è che abbia – si badi – abbandonato il contratto e perduto la sua tradizionale vocazione negoziale, solo che ha ampliato i suoi confini e si è aperta anche in una direzione diversa, ancorandosi (oltre che all'area del contratto) anche a quella dell'impresa.

Quali saranno, sul piano normativo, i possibili sbocchi di tale evoluzione, è ancora presto per dirlo. Certo, l'aver aumentato le possibili fonti costitutive della società per azioni consentendo che per la sua costituzione si può anche fare a meno del contratto e che alla sua costituzione si può far luogo altresì mediante la legge, è un passaggio innovativo di indubbia rilevanza. Comunque, ciò che sembra possibile fare oggi è cogliere quelli che sembrano essere i primi frutti e quindi constatare che:

- accanto alla società che, con l'esercizio in comune di un'attività economica, si propone istituzionalmente di conseguire un utile, da ripartire tra i soci, si colloca la società che svolge sì un'attività economica, ma per uno scopo diverso, dichiaratamente non lucrativo;

- accanto alla società che si struttura e risolve nell'esercizio in comune di un'attività economica, si colloca la società che ha come unico socio lo Stato, il quale si intesta ogni cosa, finanche la responsabilità;

- accanto alla società di derivazione negoziale, che nasce con il contratto, si colloca la società di derivazione legale, che nasce con la legge, a prescindere dall'atto di autonomia (anzi, senza di esso), tutte le volte in cui si intenda esercitare un'impresa e si in-

tenda farlo secondo il regime della società per azioni ossia utilizzando la sua struttura organizzativa.

**10.** A questo punto, dopo aver dato sommario conto dell'attuale stato del fenomeno societario, quale si è venuto fin qui evolvendo, con particolare riguardo alle società per azioni, è finalmente venuto il momento di esaminare la complessa problematica relativa alla trasformazione dell'Ente (pubblico economico) Ferrovie dello Stato in società per azioni.

Orbene, entrando nel vivo della vicenda traslativa da uno *status* (ente pubblico economico) all'altro (società per azioni), dico subito che la sequenza che cercherò di rispettare è quella che discende razionalmente dai due diversi momenti in cui la vicenda in parola è scomponibile: in primo luogo, quello riguardante le modalità con le quali si è formalmente operata la trasformazione; in secondo luogo, quello relativo ai risultati conseguiti con la trasformazione. In altre parole, mi indurrò di individuare, prima, come si è fatta la trasformazione dell'Ente Ferrovie in S.p.A.; e, poi, se ed in quale misura il relativo disegno sia stato concretamente realizzato.

*A. Modalità della trasformazione e costituzione della S.p.A. da essa risultante.* Al riguardo, giova evocare lo speciale regime dettato dal D.L. 333/1992. L'art. 15 di detta legge stabilisce che taluni enti pubblici economici (IRI, INA, ENI, ENEL) sono trasformati in società per azioni (con effetto dalla data della sua entrata in vigore) e che la pubblicazione della stessa legge tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione delle società previsti dalla normativa vigente. Dopo di che, l'art. 18 stabilisce che il CIPE potrà deliberare la trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici, qualunque sia il loro settore di attività (e, quindi, senza limitazioni di sorta), non senza omettere di precisare testualmente che la deliberazione del CIPE produce i medesimi effetti di cui alla stessa legge (automaticità della estinzione dell'ente pubblico trasformato e costituzione della società per azioni risultante), che prendono a prodursi dalla data del provvedimento del CIPE.

La singolarità di tale regime – che è stato appunto applicato per far luogo alla estinzione dell'Ente Ferrovie dello Stato ed alla conseguente costituzione della S.p.A. Ferrovie dello Stato – è evidente:

a) L'art. 15 cit. rappresenta la norma guida: attua direttamente ed immediatamente la trasformazione di taluni enti, stabilendo al tempo stesso i relativi termini e le modalità, che dovranno poi essere osservati per tutte le altre trasformazioni che si intendano disporre in prosieguo.

b) L'art. 18, a sua volta, rappresenta la proiezione dell'art. 15 cit., nel senso che stabilisce chi debba disporre le successive trasformazioni e come ad esse si debba far luogo. Così, per disporre altre trasformazioni non è necessaria un'altra legge, basta la deliberazione del CIPE, che è chiamato ad attuarle. Il CIPE non esercita, ovviamente, un potere che gli spetta istituzionalmente, ma l'esercita su espressa delega del legislatore (c.d. *delega alla legislazione*). Per il resto, le trasformazioni disposte dal CIPE non differiscono da quelle operate direttamente dalla legge (art. 15 D.L. 333/1992, cit.) riguardanti gli altri Enti, già indicati: anch'esse, infatti, sono immediatamente ed automaticamente operanti (dalla data della relativa deliberazione) e hanno l'effetto, da un canto, di estinguere l'ente di cui, di volta in volta, sia stata disposta la trasformazione e, dall'altro, di costituire la società per azioni da essa risultante.

c) La deliberazione di trasformazione-costituzione, adottata dal CIPE, trae la sua forza dalla legge e ha uno straordinario grado di incisività: prescinde dall'intervento dell'ente trasformando (che viene trasformato indipendentemente dalla sua volontà), ma anche e soprattutto dalla partecipazione alla vicenda del socio che è chiamato a far parte della società. Questo, in particolare, resta del tutto estraneo alla vicenda e diventa socio suo malgrado, senza volerlo. Certo, si tratta sempre dello Stato, sia quando c'era l'ente pubblico, sia ora che c'è la società per azioni: allo Stato faceva capo l'Ente pubblico Ferrovie dello Stato, allo Stato fa ora capo la società per azioni risultante dalla trasformazione (certamente nel periodo iniziale e comunque almeno sino a quando il Ministero del tesoro re-

sterà unico azionista o conserverà una partecipazione sociale maggioritaria). Qui è chiaro che lo Stato utilizza lo strumento normativo per mettersi in condizione di realizzare un programma operativo; e fa tutto da sé: crea la legge, crea il programma e individua chi debba attuarlo e come debba essere attuato. Il tutto in una dimensione nella quale non c'è posto per il privato, né per manifestazioni del volere: questo modo di procedere alla trasformazione ed alla conseguente costituzione della società per azioni, dà il segno di quanto sia autoritativo il ruolo dello Stato e di quanto, al contrario, siano negletti i momenti negoziali ed i relativi atti di autonomia, di regola indiscussa espressione del volere dei soggetti coinvolti nella vicenda societaria. Ma dà anche il segno che è sempre ed unicamente lo Stato che si fa carico di tutto e che si intesta ogni cosa, giustificandosi così, sul piano sistematico, il mancato coinvolgimento dei soggetti privati nella vicenda costitutiva della società.

**11. B) Risultati raggiunti con la trasformazione in società per azioni.** Passando ad analizzare se e come la trasformazione sia riuscita ossia quali siano stati in concreto i risultati da essa raggiunti, ciò che può essere affermato è che questa sembra per molti versi vicenda da fiaba. Solo nelle fiabe basta un colpo di bacchetta magica per realizzare ciò che si desidera e per conquistare un mondo migliore. Qui, invece, siamo di fronte alla realtà, cioè di fronte a vicende di natura economico-finanziaria di segno decisamente negativo, appesantite da situazioni distorte, difficilmente emendabili, rispetto alle quali la mera trasformazione dal pubblico al privato è terapia non già soltanto inadeguata, ma anche per molti versi inutile. Non è facendo autoritativamente diventare privata un'impresa pubblica ovvero chiamando società per azioni un ente pubblico che si risolvono i problemi: hai voglia di fare tutte queste cose se in concreto l'impresa, ad onta della trasformazione, resta pubblica, continua ad operare come tale ed a perseguire i suoi tipici scopi istituzionali. Per passare dal pubblico al privato ci vuole ben altro: occorre incidere profondamente sul tessuto dell'ente pubblico, mutare le regole che presiedono all'esercizio dell'attività produttiva e, soprattutto, recepire le finalità istituzionali dell'impresa privata.

Con riguardo all'Ente Ferrovie, tutto questo non c'è stato, né forse poteva esserci, per la decisiva considerazione che non sussistevano le condizioni per passare dall'ente pubblico alla società per azioni: la situazione dell'Ente Ferrovie – soprattutto quella economico-finanziaria, ma non solo questa – era tale (per la dimensione dell'impresa oltre che per la molteplicità ed eterogeneità dei problemi che l'affliggevano, primo fra tutti quello occupazionale) da non consentire, né giustificare alcuna trasformazione.

Sta di fatto che la società per azioni derivante dalla trasformazione dell'ente pubblico è come se si trovasse in mezzo ad un guado e tentasse di raggiungere la riva opposta: protesa nello sforzo di farlo, non vi riesce, non già soltanto perché il passaggio (dal pubblico al privato) è assai impervio, ma anche perché è talmente impastoiata dai momenti pubblicistici che non riesce a liberarsi. Così, la Società Ferrovie dello Stato continua a gestire un'impresa (pubblica) che è difficilmente governabile a causa degli effetti disastrosi che sono derivati da un'attività svolta, per anni ed anni, con criteri per nulla economici; anzi, decisamente antieconomici. I programmi volti ad aumentare la produttività, a migliorare la qualità del servizio, ad attuare il "riordino organizzativo" sono rimasti lettera morta. Ed è significativo che, proprio in questi giorni (Corriere della Sera del 18.8.98) il Ministero del tesoro, quale azionista totalitario della Società Ferrovie dello Stato, ha bandito una gara per assicurarsi, per la durata di almeno 24 mesi, la consulenza di una società o di un raggruppamento di imprese che abbia già maturato esperienza nel settore ferroviario, anche a livello internazionale, per assisterlo nell'analisi dei processi di ristrutturazione dell'azienda e delle partecipate, attualmente in corso, e nel ridisegno strategico e societario del settore ferroviario. Ancora oggi, insomma (e sono passati circa sei anni) si analizza e verifica ciò che è stato fatto (c'è dunque la certezza che non tutto sia stato fatto bene) e si va alla ricerca di ciò che debba essere ancora fatto (di meglio e di diverso) per la ristrutturazione del settore ferroviario: segno non già soltanto delle difficoltà incontrate, ma della oggettiva impossibilità di trovare con immediatezza rimedi adeguati.



Ma che il programmato passaggio dal pubblico al privato non sia stato attuato, lo dimostra il fatto che la società per azioni Ferrovie ancora oggi non differisce dall'ente pubblico Ferrovie dello Stato, se non per la forma. La relativa impresa e la gestione di essa, sul piano sostanziale, non sono affatto cambiate salvo che per aspetti secondari, di natura prevalentemente formale; e, quindi, si assiste ad una società per azioni che gestisce un'impresa pubblica, quella stessa dalla quale è derivata *ex lege*, con la trasformazione. Le cose, dunque, sono rimaste le stesse, ma con questo di particolare ed inspiegabile, che prima, con riguardo all'ente pubblico, il regime, la gestione e gli scopi erano ammantati da un certo grado di coerenza; oggi, invece, con riguardo alla società per azioni tutto è all'insegna dell'incoerenza, dato che si impiega una struttura privatistica per gestire sempre la stessa impresa (pubblica) e per conseguire quelle stesse finalità che prima perseguiva l'ente pubblico.

Così, solo per fare qualche esempio:

a) le Ferrovie dello Stato—società di trasporti e servizi per azioni continua a macinare perdite. Nel 1994 ha perduto 2.590 miliardi; nel 1995, ne ha perduti 1.581; nel 1996, ne ha perduti 3.841. Non ho il dato relativo al 1997, ma il *trend* negativo continua a dominare, come è possibile desumere dalla relazione sulla gestione che accompagna il bilancio dell'esercizio 1996, laddove è scritto che “il prodotto globale venduto dalla F.S., a seguito del rallentamento delle attività economiche ha registrato, dopo due anni di forte espansione, una sostanziale stazionarietà”; e come è possibile leggere ogni giorno o quasi nei giornali.

Orbene, che una società per azioni chiuda i suoi esercizi con risultati di segno negativo, può non incontrare il favore degli azionisti, ma rientra comunque tra le cose possibili. Ciò che non quadra è ben altro:

- anzitutto, il fatto che l'andamento negativo della gestione non appare un evento contingente e transitorio, ma si appalesa, almeno nel medio periodo, inevitabile. Siamo, dunque, di fronte ad una società per azioni che ha alle spalle un ente pubblico i cui risultati di gestione erano disastrosi e che ha un futuro (più o meno prossimo) le cui prospettive non cambiano. Ora, mentre può per

certi versi concepirsi che un ente pubblico economico continui a svolgere la sua attività istituzionale anche quando le previsioni, quanto ai risultati di gestione, siano decisamente negative, dato che l'interesse primario è quello pubblico, non sembra invece possibile ammettere che una società per azioni continui a svolgere la sua attività, quando le previsioni siano tali da escludere, almeno nel medio periodo e comunque con un certo grado di certezza, risultati economici di segno positivo. Una società per azioni, se è certa di perdere e di perdere svariate migliaia di miliardi, deve fermarsi; non può continuare ad esercitare la sua attività: essa è, infatti, istituzionalmente preordinata a produrre ricchezza, non a distruggerla.

- comunque, se la S.p.A. Ferrovie continua ad esercitare l'attività sociale, malgrado sia consapevole che i risultati di gestione continuano e continueranno ad essere pesantemente negativi, è perché può contare sulle risorse finanziarie dello Stato (che sinora sono state erogate mediante parziale e graduale sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato in data 7 marzo 1994) ed è quindi certa che, in un modo o nell'altro, potrà ripianare le perdite attingendo alle finanze pubbliche.

È evidente che le Ferrovie dello Stato S.p.A. quanto ai momenti economico-finanziari della sua attività non si comporta come una società per azioni, ma come un vero e proprio ente pubblico economico; è evidente, insomma, che l'impresa delle Ferrovie, malgrado la trasformazione, è rimasta quella che era.

b) poi, il fatto che le strategie aziendali e le scelte operative non sono delibate, né deliberate all'interno della società, nel confronto dialettico dei diversi organi, come sarebbe giusto e come ordinariamente accade, ma al di fuori di essa. E la stessa cosa vale anche per ciò che riguarda il potere di gestione, che è sì esercitato dagli amministratori, ma sulla base di programmi e di preventive intese con l'azionista, che è il Ministero del tesoro. Ed è in sede politica che vengono prese le decisioni, a livello interministeriale; decisioni che non sempre corrispondono all'interesse della società, ma ancora oggi, malgrado l'attuata trasformazione, alla necessità che sia comunque prestato un servizio, quale che sia il suo costo.

L'interferenza pubblica nel contesto della società è poi specificamente testimoniata dall'istituzione di un organo consultivo: il Consiglio generale, previsto dall'art. 21 dello Statuto. Si tratta di un organo anomalo, non già soltanto per la singolarità della funzione attribuitagli (compiti consultivi ai fini dell'elaborazione delle strategie generali per il miglior conseguimento degli scopi sociali), ma soprattutto per l'eterogeneità della sua composizione: vi fanno parte, infatti, tra gli altri, quattro membri designati dal Ministro dei trasporti, quattro membri designati dalle Organizzazioni sindacali e quattro membri designati dal Consiglio di amministrazione. Qui, è evidente non già soltanto la presenza di soggetti che sono portatori di interessi diversi tra loro e da quelli sociali, ma soprattutto che resta valorizzata la rilevanza di tali interessi, dei quali la società deve tener conto e dai quali può restare condizionata.

c) infine, il fatto che la società per azioni Ferrovie, non è soggetta soltanto al controllo del Collegio sindacale, come tutte le società per azioni, ma anche a quello della Corte dei Conti, come tutti gli enti pubblici economici. E questo è davvero singolare.

In proposito, va evocato quanto ha statuito la Corte costituzionale (sentenza n. 466 del 28.XII.1993): "la semplice trasformazione degli enti pubblici economici di cui all'art. 15 L. n. 359/1992 non può essere ritenuto motivo sufficiente a determinare l'estinzione del controllo di cui all'art. 12 L. n. 259 del 1958, fino a quando permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse. Le ragioni che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non possono, pertanto, considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio (ora trasformato in capitale azionario) tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato. E questo tanto più ove si consideri che

il passaggio di tale patrimonio dalla sfera pubblica alla sfera privata avviene, in base al processo di privatizzazione in atto, nel rispetto di condizioni particolari che sono state poste con norme speciali di diritto pubblico”.

## 12. Conclusioni.

In conclusione, sembra chiaro che, trasformando l'Ente pubblico Ferrovie dello Stato in società per azioni non si è inteso o meglio non si è inteso soltanto cambiare la relativa impresa da pubblica in privata, ossia procedere alla sua privatizzazione, ma si è voluto fare anche altro: attuare il suo risanamento o meglio effettuare un tentativo che valesse a conseguire pure quel risultato. In questo senso è chiaro che si è utilizzata la privatizzazione per scopi diversi da quelli che le sono propri. Ed è parimenti chiaro che tutta la vicenda ha risentito e risente tuttavia di questa utilizzazione distorta di uno strumento che ha ben altre, specifiche funzioni.

In tal modo, a me sembra che la vicenda della trasformazione porta ad una considerazione di base: gli enti pubblici economici di cui è stata programmata ed attuata la trasformazione, in essa compreso l'Ente Ferrovie dello Stato, erano enti che – tranne qualche eccezione – presentavano vistose ed irreversibili carenze produttive e di gestione, tali da distruggere ingenti risorse economiche. Non si trovavano, per ciò stesso, nelle condizioni oggettive per essere sottoposte ad un mutamento formale (trasformazione in società per azioni), né soprattutto ad un passaggio dal pubblico al privato.

Non è con la trasformazione in società per azioni che l'Ente Ferrovie dello Stato poteva diventare privato, né è con la trasformazione che potevano essere risolti i suoi vari e tutti gravi problemi: il semplice mutamento formale dell'impresa non può rivestire alcun effetto risanatorio, specialmente se e quando permangono – non certo per colpa degli amministratori – disfunzioni gestionali, carenze organizzative e soprattutto *deficit* finanziari, che tengono l'impresa ancora saldamente legata alla sfera del pubblico e non le consentono di emanciparsene e passare al privato.

**ENZO SILVESTRI**

*(c.s.)*

Non posso che ripetere quello che ho detto precedentemente a proposito della relazione del prof. Tigano. Ci troviamo di fronte ad una relazione veramente dotta, che proviene da un profondo conoscitore della teoria generale delle società e che ci ha veramente entusiasmato, ci ha fatto ricordare, appunto, le antiche polemiche – che io allora ho vissuto come studente – sull'origine del contratto di società.

Purtroppo è vero: non ci rallegrano le notizie sui risultati di questa vicenda e non ci resta che augurare, appunto, che possano presto intervenire dei correttivi per ridurre al minimo gli aspetti negativi di questa trasformazione.

Grazie ancora, prof. Bavetta, e complimenti per questa splendida e stimolante relazione.